

投稿論文

## 円滑な臨検運用ための一考察

—— 虐待探知の方法としての「危惧感」を使用して ——

高 品 孝 之\*

An idea for making inspection smoothly:

Using the sense of apprehension as one way of finding out child abuse

Takayuki TAKASHINA

本稿では、田宮裕の唱える緊急捜査における令状主義の例外要件としての「犯罪の嫌疑の明認、証拠保全の必要性・緊急性、方法の相当性」を検討し、虐待における子どもを臨検（虐待現場に令状をもって乗り込む手続き）によらないで、迅速に救い出す法解釈をおこなった。その際、この要件にかつて森永ドライミルクヒ素中毒事件で用いられた藤木英雄の理論である「危惧感」説を加えて、虐待する親の過失をいち早く認めることにより、子どもを虐待現場から迅速に救い出す理論の構築を図った。この理論は、一般人が「危惧感」を持つことを契機に、加害者の過失における「結果回避義務違反」を認め、過失を成立させるものである。この理論を用いることにより、田宮の上記例外の要件である「嫌疑の明認」が比較的早く察知でき、虐待状況における子どもを緊急的に救い出せることが導き出せる。また、この理論の背後には、違法の社会相当性（社会倫理規範違反）の議論があり、現在のマスコミなどの報道から、虐待される子どもをできるだけ保護する方向にあるのが、社会相当な行為であると考えた。この「危惧感」説により、親の親権やプライバシー権が障害とならずに、教員や児童相談所の職員が虐待されていると「危惧」される子どもに接近・救済が可能となると考える。

### 1. はじめに一研究の目的と方法

#### （1）研究目的

児童虐待数は年々増加の一途をたどり、平成21年度には44,210件の虐待相談対応件数が寄せられ、そのうち50件近くの事案において児童が死に至っている<sup>(1)</sup>。平成20年4月から、長期間児童の姿が見えない場合に、裁判所の許可に基づく臨

---

北海道札幌北高等学校／北海道大学教育学院博士後期課程

検の制度が設けられたが、それでも、虐待死に至るケースの大幅な減少はみられない。臨検の制度の効果が上がらない原因は、虐待場面に直面した場合、緊急性（現在性）があるのに関わらず裁判所の令状を求める手続きは煩雑であり、結局は臨検の制度を利用せずに刑法でいう「緊急避難」（刑法37条1項）など、他の方法を用いることによると考えられる<sup>㉑</sup>。すなわち、虐待防止のネットワークの広がりから虐待の察知はかなり可能になってきたが、実際に児童相談所が虐待を察知し、臨検の制度を使い、家庭の中で繰り返されている虐待現場に踏み込む場合、臨検をするために家庭裁判所の許可を得る要件が「家庭で子どもが生活している写真や、事前の立ち入り調査を拒否された報告書などをそろえなければならない」とされ<sup>㉒</sup>、まさに児童が死の危険に直面している場合には、手続き的に間に合わないことの理由があげられる。このため、実際に臨検又は捜索が実施された事例は、平成20年度では42,664件の相談件数のうち2件、平成21年度では上記44,210件のうちわずか1件となっている<sup>㉓</sup>が、これは明らかに法制度上の欠陥であり、臨検のもつ本来の趣旨が果たされていない。

そこで、本研究は次の考察を行うことによって、臨検の法制度の欠点を法解釈により補い、虐待における児童の心身の侵害を出来るだけ食い止める方策を提案することを目的とする。すなわち、臨検に令状主義の例外（すなわち臨検の手続きをしなくても強制捜査が可能）を認めることにより、親権（818条）に抵触することなく、虐待を受けている子どもに接近することが可能かを考察した。また、被虐待児童の発見から通告までの一連の流れが経験上、支援者が「①被虐待児童を発見する段階、②『虐待かもしれない』との危機感を抱く段階、③通告の是非について葛藤する段階、④通告の段階、⑤児童を保護する段階」とすると、長期不登校の児童や、身体に傷を負っている児童などを目の前にした支援者が「虐待を受けているかも知れない」と、②における早期の危機感を抱けば、「家庭で子どもが生活している写真」などの証拠がなくても、児童虐待の接近・保護が可能であると仮定できる。さらに、この危機感による接近・保護が可能な立場をとった場合に、単に児童ばかりでなく、支援者側に意義ある利益がもたらされるかを勘案した（次項）。

以上、本研究の目的は臨検の法解釈とその教育的意義の検討を行い、児童の生命・身体の安全を確保するための制度運用の指針を得ようとするものである。

## (2) 研究の意義

上記した通り、支援者が（保護者と同等の：後述）危機感を抱いた時点での被虐待児童への接近と保護は、当該児童の身体・生命を守る意義を有することになるが、その上でさらに、現場で児童と向き合っている支援者側の利益にも資する意義を有すると考える。すなわち、笠原・加藤（2008）は、被虐待児童を支える保育職者が、虐待保護の端緒となる通告を躊躇する理由として、「発見や通報そのものの手続きや行為が複雑すぎる」、「（虐待の）発見マニュアルがない」、「虐待の基準に関する共通理解または共通理解を作る体制がない」、「虐待を発見しても誰が最終的な判断を下すか決まっていない」等を挙げている。また、望月・北村・大久保・田邊・小尾・埴（2008）によると、「親の育成環境や育て方による個性を考慮すると、虐待の判断や通告の時期の判断が難しく、さらに児童の身体の傷などを見ても「子どもの様子や母親の養育状況から、虐待や躰かの見極めをするのは難しい」とし、その発見と対応に苦慮している現場の姿が見て取れる。そして、この苦慮が場合によっては児童の保護を遅らせ、死の結果を招来すると考えられ、支援者の葛藤が発生する以前の危機感を抱く段階で通告がなされれば、教育現場において葛藤が減少し、煩雑な手続きやマニュアルなども最小限になると解する。

ところで、蓮尾・鈴木・山川（2012）などは上記苦慮のほか、通告による保護者との関係の悪化を葛藤の一つに挙げており、これを慮るに、危機感の惹起された時点の通告は十分な虐待の嫌疑が発生する前の通告になることから、関係のさらなる悪化が予想される。しかし、保護者との関係悪化の葛藤は、危機感の惹起時点で通告するか、それより遅い時点であるかを問わずに、起こるときは起こり得るものであり、危機感が惹起された時点での通知に対する批判は的外れであると考ええる。また、虐待の危機感は児童の身体・生命保護のためであること、さらに通告という行為は、どの時点にかかわらず、誤りが常に想定されるものであることから、「通告があったら、職員が児童に容易に接近でき、危機感が単なる誤りであることを証明する」ことの協力の要請を事前に保護者に訴えかけておくことで、相当程度不都合は回避できると考える（後述）。

## (3) 研究課題

本研究は、臨検に危機感説が適用できるかを2つの法律関係の検討と危機感説の虐待場面における適用、その意義の検討から接近を試みる。すなわち法律関係

においては、臨検が強制捜査なので裁判官が発する令状が必要になるが（憲法33条・35条）、令状主義の例外を認め、令状無しで臨検が実施できるかを検討する。そして令状主義の例外が認められるとして、被虐待児童を保護するために、臨検の要件として「家庭で子どもが生活している写真」などの証拠が必要か、それとも単に子どもが虐待を受けているとの危惧感で足りるのかを検討する。また、以上の検討の後、実際の場面でどのように、危惧感説と令状主義の例外が適用されるかを考察した。

#### （４）研究方法

緊急の事態が察知できた場合、令状主義の例外が認められる場合の要件を、先行研究に基づき、一つ一つ吟味した。次に危惧感については、過失におけるさまざまな考え方を勘案しながら、どの理論がより早い段階の虐待場面で適用できるか、社会状況を考慮しながら先行研究と判例を基に考察を行った。また、現実の虐待場面における強制力の適用については、虐待が起こっている家の中に入れるのか、玄関までなのか、ドアの外なのかの段階的な考察を行い、支援者がどのような態度で虐待に臨むべきか整理した。

## ２．令状主義の例外について

### （１）先行研究の分析と本研究の立場

憲法31条と刑事訴訟法197条第1項但書が「何人も、法律の定める手続きによらなければ、その生命もしくは自由を奪われ、またはその他の刑罰を科せられない」と強制処分法定主義を規定しているのは、田宮（1996）によると、国民の権利・利益を奪う処分について、それが許されるか否かを国民の代表である国会の判断にゆだねるのを趣旨とする。虐待場面の臨検において、令状主義の例外について考察した先行研究はないが、緊急の場合に令状を必要とする場合、強制処分法定主義を貫くべきか否かについては、説が分かれている。井上（2006）を代表とする多数説は、憲法とその法律（人権を制約する法律）との関係、さらに制限することによってもたらされる利益と、それによって侵害される権利・利益など様々な観点から検討して令状を必ず必要とする「厳格な強制処分法定主義」を唱える。これに対して田宮（1996）は、捜査機関などの公権力が個人の自由な領域へ干渉をする場合、捜査機関とは独立した中立の立場にある裁判官が承認を与え、令状にその合理性を支える「相当な理由」を具備し、被捜査者の人権を担保した

上で、「ただ、事前の裁判官の承認を入手する時間的余裕のない場合は、令状主義の例外を認めてよい」と述べる。井上説は、強制捜査に関して令状主義を厳格に貫き、被捜査者のプライバシーの保護に重きを置くのに対し、田宮説では、国民のプライバシーを守りつつも緊急的な現場の状況に対して、令状主義の例外に応じていくこととなる。

以上から、虐待に関して2つの説を比較すると、井上説では虐待をする親のプライバシー権の保護が強まるが、田宮説によると親のプライバシーは保護しつつも、「犯罪の嫌疑の明認、証拠保全の必要性・緊急性、撮影方法の相当性」の要件を満たす限り、臨検（すなわち令状）の煩雑な手続きなしで児童の保護が可能となり、令状の手続きに拒まれ、児童に接近しにくいという現場の悩みに対する解決の一方策となると解する<sup>(4)</sup>。以上から虐待が察知された場合、児童の安全のために緊急性が要求されるのは自明であり、令状によらずして、強制力が虐待者に及ぶことが必要と考え、本研究は田宮説を採用したい。

## （2）虐待場面における「証拠保全の必要性・緊急性」の判断

それでは、田宮説における緊急性が発生する具体的時期について考察したい。ここでは、刑法と刑事訴訟法の違法性が同じとする違法一元論の立場に立ち、この令状における緊急性の要件を考察するために、刑法における緊急避難を参考にしたいと考える。すなわち、緊急避難の趣旨は、大塚（2005）によると、「より大きな法益を保護することは勿論、避難の意思でやむを得ずなされた行為価値を加味すれば、社会的に相当なものとして、違法性が阻却される」とされ、緊急避難の要件を、「(i) 大きな法益の優先、(ii) 社会相当性の存在」と述べる。田宮のとなえる令状主義の例外としての緊急性を考えるのであれば、(i) に関しては、親の住居の平穏と児童の生命という法益の比較であるから、法益の権衡上からも児童の生命が優先すると考える。問題は (ii) であるが、慮るに、虐待において児童が発見されたときにすでに死に至っている場合が、年間50件にも上る事実やマスコミの報道など、社会的関心の高さを考えれば、虐待への危惧感を抱く早い時点で緊急性を見出すことが社会相当的な判断であり、その時点での児童の保護への行動を令状主義の例外としてもよいと考える。なお、「緊急性・必要性」は「証拠保全」を目的とするものであり、この場合子どもの身体や態度を証拠とすることになる。そのことに抵抗を覚える向きもあろうが、まさに虐待現場においては子どもの身体や態度が証拠になることと、緊急性と必要性を担保する法律が存在しな

いことから、このような解釈は妥当であると解する。

### 3. 危惧感について

#### (1) 社会相当性の先行研究の分析と本論文の立場

昨今子どもの虐待死がテレビなどで報道され、「なぜ、子どもの虐待を察知できなかったのか」「児童相談所や学校は何をしていたのか」などのマスコミの報道からうかがい知れるように、できるだけ早く子どもの虐待を察知し、緊急性を高め、子どもを保護する方向に社会倫理規範<sup>⑤</sup>が変わりつつあると考える。そこで、このように緊急性の社会的意味の変化を受けて、「新過失論」「危惧感説」などの過失理論が児童虐待に適用できるかを考察したい。

まず、「新過失論」であるが、内藤（2007）によると「過失の違法性の本質は結果の発生にあるよりは、むしろ落度のある行為」（すなわち無価値な行為：社会生活上要求される基準行為から逸脱）と、その落度のある行為によって発生する害悪の結果を予見し、回避しなかった「結果回避義務違反」であるとする。危惧感説を謳った藤木（1969）も、当初この「新過失論」を採用したが、後に森永ドライミルクヒ素中毒事件において、被害者をより救済する観点から、行為者（企業側）に落ち度があると認めるためには、企業側の結果回避義務だけでは不十分であることから、一般人を基準として、ある種の害悪の発生することが「合理的だと思われる程度『危惧』があれば」、悪い結果の予防措置の負担を命ずるのが可能とした（新・新過失論：以下「危惧感説」）。現代の情報化社会を鑑みるに、コンピューター上の僅かな操作の過失で回復不可能なほどに犯罪が拡大する実情から、結果回避義務を基調とする新過失論では現代型の犯罪には対応できず、「場面に応じて、危惧が生じる」ことで注意義務違反の認定を早期に認める危惧感説の導入を考えて差し支えないと解する。同じように、対応が遅れると子どもの死の結果が惹起されやすい虐待現場においても、危惧感説の導入により児童への厚い保護が可能になると考える。

ただ、危惧感説に関して批判がないわけではなく、福田（1974）は、漠然とした危惧感説といったものでは、「予見可能性を余りにも抽象化してしまうために刑事過失の成立範囲を無限定にし、不当に拡大する虞がある」ことや、相当早い時期からの「具体的な結果発生の条件となる外部事情とこれによる結果発生の可能性を予見しうること」が逆に、まだ悪い結果が発生するかどうかの確定しない段階

での対応を企業側に要求することになる不都合を述べる。しかし、この考えには一理あろうが、謝（2012）は、「日常生活上の大量観察に基づいて、経験的に侵害に転化しやすい一定の行為を危険なグループに分類し」、「因果関係の立証（の困難：引用者）を解決するために、行為がなされればつねに危険（法益の危殆化）があると擬制されているものであり、個別事案における現実的な考慮は一切なされない」ことが、抽象的危険（具体的に危険が発生してない段階の危険、すなわち危惧感のレベルで危険を認めること）の概念には存すると述べる。すなわち、虐待場面を鑑みると、虐待は経験的に侵害に転化しやすいものであり、行為がなされれば常に子どもの身体が危険にさらされることから、その重要性ゆえに具体的に危険が惹起されなくても、抽象的に危険が感じられた時点で、犯罪発生 of 危惧を認めてよいと考える。

## （２）虐待を行う場面の危惧感説の具体的適用について

実際の虐待場面では、上記危惧説に代表されるような虐待者の過失の場面もあるだろうが、故意に児童を傷つける場面も存すると考える。そこで、故意と過失の関係を明らかにするとともに、支援者の抱く危惧感の程度を考察したい。

### ①故意と過失（危惧感）との関係

大谷（1993）によると、「故意があるというためには、違法性を意識する程度に犯罪の事実を認識していることが必要」とする。そして、その「違法性の意識」が存するためには、「行為の主体、行為の客体、行為それ自体、行為の状況、結果、行為と結果の因果関係などの記述的要素」と「（窃盗などにおける：引用者。以下同じ）物の他人性、（公文書偽造罪における）文書性、（表現の自由における）猥褻性などの規範的要素の認識が必要」と述べ、どちらが欠けても故意は成立しないとされる。一方、過失は、「犯罪事実の認識または認識に基づく動機付けがないまま、不注意によって一定の作為または不作為を行うこと」を言い、過失が「故意と並ぶ構成要件の一般的主観要素」とされるためには、過失をどれほど故意に近づけるかが問題となり、その一つの解決が上記した藤木が唱える新・新過失論における危惧感説である。すなわち、結果の発生する危惧感を持つに至って、故意犯の構成要件の結果（具体的危険・侵害）の認識・実行行為性と同程度の行為規範を過失犯が有すると考えられる。換言すると、故意犯は構成要件の結果を意図していることから、「他人の死を惹起するな」という行為規範性を有しているので、故意による犯罪を構成するが、過失犯は構成要件の結果を意図しないため

に行為規範性を持たない。そのため、過失犯に行為規範性を持たせるために、「注意義務を結果に関連づける付加的な要素が必要」となり、「結果の予見可能性という範疇で注意義務を責任要素に付け加え」、危惧感説が形成されたと考える。この態度をとっている判例も存在し、『川治プリンスホテル火災事件（最決平成2・11・16刑集44巻8号744頁）』の「昼夜を問わず不特定多数の人に宿泊等の利便を提供する旅館・ホテルにおいては、火災発生の危険を常に伴っている」や、『千日デパートビル火災事件（最決平成2・11・29刑集44巻8号871頁）』の「・・状況の下では、容易にそれが拡大するおそれがあった」と過失における「危惧」を理由として、処罰に至っており、大谷（1993）もこのような流れは、「企業革新時代に生ずる企業災害を防止するために、客観的に落ち度のある行為がある以上は注意義務の違反を認めてよいとする考えに立って注意義務の拡大を目指す」とされる。

以上から、実際の虐待場面を考察すると、親などが虐待を行う際、「子どもを殺してやろう」「子どもを傷つけてやろう」という故意犯と、「子どもが死に至るかもしれない」「子どもが傷つくかもしれない」との危惧感を抱いたが何ら回避行為を取らない過失犯の、2通りの様態が存在すると考える。上記したように、過失犯が故意犯同等の行為規範性を有するのが危惧感説であるが、児童の保護を厚くするためにその適用についてはまずは一旦危惧感に基づき、児童に早期に接近し、続けて故意があれば故意の認定を行うのが手厚い児童の救済であると考え。換言すると、虐待場面において「過失により児童を虐待している」との危惧感があれば、虐待場面に急速に近づくことから、第1にそれを利用し、児童に近づき、次にそれが故意であった場合は、故意犯（例えば傷害罪）に転換すればよいと考える。

## ②支援者が抱く危惧感の程度

次に、支援者が抱く危惧感の程度を考察したい。西原（1991）が、「結果発生の原因となった事実で、それを予見すれば通常人ならば結果回避措置をとる」と述べるように、児童を虐待する際に抱く「自分の行為が虐待かもしれない」という危惧感は、「結果発生の原因となった事実で、それを予見すれば『通常人』（括弧は引用者）ならば結果回避措置をとったであろう事実の認識」と考える。そして、実際に児童を前にして、その態度や身体の傷、並びに不登校の事実から、「通常人たる」教員・児童相談所職員などが抱く危惧感も、「（精神疾患でない場



合) 通常人たる」親が感ずる危惧感と同等のものがあると考え。すなわち、児童の態度や身体の様子、不登校などから児童に接触した教員や児童相談所職員が「もしかしたら、虐待を受けているかもしれない」と危惧感を抱いた場合、親などの虐待行為者が「虐待をしているかもしれない」と危惧感を抱くのと同等(親と等価)の危惧感である可能性が高いと解する。まして、虐待の察知の研修や経験を積んだ教員や児童相談所の職員は、児童の状態から、より確かな危惧感を持つと考え、「親の危惧感」と同等の危惧感を持つと考えられるので、社会倫理規範に基づいて、「危惧感」をメルクマールに行動が可能と解する。

#### 4. 危惧感説に立った場合の強制力具体的適用について

次に危惧感説をとった場合の具体的適応場面について考察したい。

危惧感説によれば、子どもの保護に大きく傾くが、親の住居権などのプライバシー権の保護が薄くなるので、その不都合を「相当性」で調節することが考えられる。すなわち、虐待場面における強制処分「必要性・緊急性」を述べたが、それでも危惧感だけで勝手に住居に入るとは著しい人権侵害を招く可能性がある。そこで、「玄関先」で子どもを確認、場合によっては栄養状態や外傷の簡易なチェックのために、保健師・看護師・医師が同行して玄関先での問診ができるようにする(などの方法をとる)ならば、実質的な親の住居権・プライバシー権の侵害と危惧感における緊急性とのバランスを図りうると考える。すなわち、危惧感により虐待の早期の時点において必要的・緊急的に虐待の場面への接近ができると考えるが、社会相当性(社会一般の倫理規範)を考慮すると、やはり親のプライバシー権と住居権も一方で保護する必要がある。家に踏み込むのではなく、ドアの外まで子どもを連れて来させるという方法でバランスをとることは可能と考える。以下の表は昨今の虐待状況に鑑みて、社会的相当性から強制捜査が許される場合とそうでない場合を考察したものである。

#### 5. まとめと今後の課題

##### (1) 危惧感説の有用性

田宮(1996)は、緊急捜査の例外の要件として、「犯罪の嫌疑の明認、証拠保全の必要性・緊急性、方法の相当性」を唱えるが、虐待場面における「証拠保全の必要性・緊急性」は児童の生命の危険の虞から、優先的に考えられるべきも

のであり、緊急性を失すると児童の保護が図れず、児童が死に至ることもある。そこで、違法性の要件である社会規範違反（すなわち社会相当性）の現れである「児童の保護をより厚くするという社会的な論調の高まり」を理論の背骨（違法性の本質）として、「証拠保全の必要性・緊急性」を担保するために、藤木のいう「危惧感」説を採用し、必要性和緊急性は虐待の危惧感が発せられた時点で生じ、より早い時期に児童に接近することが可能となると考えた。また、「犯罪の嫌疑の明認」であるが、昨今の虐待による痛ましい事故（特に児童の死）を防止するためには、上記「証拠保全の必要性・緊急性」と同様に危惧感説（「犯罪惹起の危惧があったのにもかかわらずそれを怠ったことから過失を認める」）を適用すべきことを考察した。実際に現在のインターネット犯罪等、迅速に犯罪を探知し、その対応に迫られる現代型犯罪には危惧感説を適用しながら他の要件（例えば相当性）でバランスをとる事が一つの方法であり、本論文の虐待事例も田宮説の強制捜査における令状主義の例外を用い、危惧感説に立ちながら犯罪の「嫌疑の明認」「証拠保全の必要」を認めた後、方法の相当性（親の住居権やプライバシー権を保護すること）で妥当性を図った。そして、この危惧感に関して、虐待対応のトレーニングを受け、日常的に虐待対応の仕事をしている者（例えば、教員・児童相談所職員）が抱く危惧感は、相当程度に妥当なものであろうと考え、危惧感説から親の過失を認定するに相当高い蓋然性を有すると考える。

（２）危惧感説の持つ教育現場での具体的な有用性について（研究の意義から）

教育現場の現状を考えると、危惧感説による、現在惹起している通告の躊躇・混乱の緩和の有用性が挙げられる。研究の意義の箇所述べたが、危惧感説をとることによって、第１に親の親権やプライバシー権に抵触することなく、虐待が疑われる子どもへの接近が可能になる。そして、第２に通告の葛藤が起こる前段階である、危惧感の段階で通告が可能となり、現場に「何にもまして、まず通告、

表 危惧感説で対応できる社会的に相当な援助者の態度

強制的にドアの外まで子どもをつれてこさせる（従わない場合、より強い危惧があると考え、家に踏み込むなどの強制措置が可能）	可
強制的にドアの外で、子どもへの栄養状態・身体状況の簡単な問診を行う。	可
強制的に玄関に入り、子どもをつれてこさせる。	否
強制的に玄関に入り、子どもへの簡単な栄養状態・身体状況の問診を行う。	否
強制的に部屋の中に入り、子どもと会う。	否

すぐに「接近・保護」の機運を生み出すきっかけになると考える。そして、この危機感を抱き、令状主義の例外を貫けば、通告しても、親権もプライバシーを害さないことから何ら法律上の帰責性は発生しない。ただ、親との関係悪化が考えられるが、それは上記したとおりに危機感説をとらない対応でも起こりうるものである。そして、事前に「早期の通知になるので、誤ることもあろうが、何よりも児童の命を守ることが目的」であることを保護者に訴え、「昨今の社会事情から、後手に回って、児童の死という悲惨な結果になっている」現状、さらに「誤解を招かないように、玄関先に職員が出向いた時は、家の中に入らなくても、すみやかに児童を確認させてもらう」ように、常日頃から訴え、周知を図ることが親との関係の悪化を防止するものとする。

### （３）危機感説の適正な運用のために

ところでこの説に立った場合に、学校現場で生徒と接する教員はいかなる行動をとればよいだろうか。危機感説に基づく虐待現場への介入を適正に運用するために、教員や児童相談者の職員はその「危機感」の感受性を高めるトレーニングや研修を受けて、経験に基づく正確な危機感を抱けることが肝要になると考える。そして、適正な危機感が抱けるようになった場合、住居の玄関まで行き、親に対し令状なしで子どもを玄関先に強制的に連れてこさせることが必要な行動となる。その際、親が職員の子どもの接見を断った場合、より緊急性が高まったと判断して、親の故意を推定し家に踏み込むことも、トレーニングの内容となると考える。

以上の危機感のレベルで虐待に対して行動を開始でき、早期の段階で虐待を探知することができれば、かなりの数の虐待による悲惨な結果を防ぐことができると考える。今後の研究は、より正確な危機感を保障するために、藤木説や判例のいう「危機感」の内容を詳細に調べることと、子どものどのような態度をみたら、その危機感の蓋然性が高まるかの精緻化を図りたいと考える。

### 註

- （１） 厚生労働省ホームページ：「子ども虐待による死亡事例等の検証結果《第７次報告概要》及び児童虐待相談対応件数」
- （２） 厚生労働省ホームページ：「各都道府県知事、指定都市市長あて厚生省児童家庭局長通知四（三）、平成９年６月20日、児発第434号」
- （３） ４ 厚生労働省ホームページ：「児童相談所運営方針について 平成２年３月５日児発

第133号厚生省児童家庭局通知：最終改正・平成22年3月31日児発0331第6号第3章第3節5(7)③イ(イ)

- (4) この2つの説が鋭く対立する事例で人権に関わるものとして、街頭で犯罪行為をする者に対して、写真撮影やビデオ撮影や盗聴が許されるかという問題がある。井上説は、写真撮影は人格権たる肖像権を侵害するものであるから、原則として強制処分であるが、街頭で公然と違法な行動をするような場合は自らの行動を他人にさらしているのであるから、撮影がその意思に反するとはいえず、強制処分とせず任意処分とする考え方をとる。田宮説は、写真撮影は憲法31条の令状主義の規制を受け、令状を得て行うことを要するが、例外として事前に令状を得ることが出来ない緊急事態では合理的例外を認めないわけではなく、しかも、写真撮影などは事前の規制になじみにくいので、令状主義の例外を認める必要があり、その際の要件としては、「犯罪の嫌疑の明認、証拠保全の必要性・緊急性、撮影方法の相当性」を必要として、強制処分をとりつつも令状主義の例外とする。判例（最判昭44.12.24・京都府学連事件）では、「現に犯罪が行われ、もしくは行われたのち間がない場合であって、しかも証拠保全の必要性および緊急性があり、かつその撮影が一般的に許容される限度を超えない相当な方法をもって行われるときである」と述べるにとどまり、写真撮影が強制処分か任意処分であるかについては判断されない。
- (5) 現在の刑法学の通説では、法益侵害に加え、社会の一般意思（社会倫理規範・社会相当性）という考えが、緊急性の要件の判断において重要な意味を有している。この社会相当性（社会倫理規範違反）に関して、福田（1960）は、「全ての法益侵害が違法なのではなく、社会的に相当でない法益侵害のみが違法」なのであり、「違法性においては、結果無価値（法益侵害）とともに行為無価値が問題とされなければならない」として、Welzelの人的違法観（違法性の実質を人の行為の規範違反性に求める見解）を支持した。藤木（1966）もWelzelの影響のもとに、犯罪の違法性を「単にそれが法益侵害を惹起したことだけでなく、その侵害惹起の過程の道義的・倫理的な意味もあわせ考えなければならない」として、「社会倫理的・道義的見地からみて常軌を逸脱し受忍しえない法益侵害の惹起のみが、違法なのである」と主張する。同様に、前田（2011）も刑法は「倫理・道徳から大きく踏み出した行為のみを処罰するのであり、道義的秩序、道徳規範を維持形成する」と同時に、「国民の具体的な生活利益が侵される危険のない倫理秩序違反行為」をどこまで処罰の対象とするのかにあり、「『倫理』それ自体も刑法上の法益」と述べる。

## 引用文献

福田 平（1960）「責任説の理論構成」『違法性の錯誤』有斐閣 第3章

福田 平（1974）「過失犯における予見可能性と監督義務違反—森永ドライミルク中毒事件」判評187号37頁

福田 平（1976）『刑法総論』有斐閣114、116頁

藤木英雄（1966）「可罰的違法性の理論」法協83巻7＝8号併号119頁

- 藤木英雄（1969）「食品中毒事故に関する過失と信頼の原則—森永粉乳中毒事件をめぐって」『過失犯の理論』240頁
- Hans Welzel（1962）福田平・大塚仁訳「目的的行為論序説—刑法体系の新様相」有斐閣
- 井上正仁（2006）「強制捜査と任意捜査」有斐閣 第1章
- 蓮尾直美・鈴木聡・山川将吾（2012）「学校組織における被虐待児の発見・対応と社会化をめぐる教師役割の再規定」三重大学教育学部研究紀要63 359－369頁
- 笠原正洋・加藤和生（2008）「保育園や幼稚園において潜在化する被虐待児の発見および通告を阻害する要因をコード化するスキーマの作成」中村学園大学・中村学園大学短期大学部研究紀要40, 19－27頁
- 川崎二三彦（2006）「児童虐待—現場からの提言」岩波新書 第3章
- 前田雅英（2011）『刑法総論講義』東京大学出版会 87頁
- 望月初音・北村愛子・大久保ひろ美・田邊千夏・小尾栄子・埴晶子（2008）「子ども虐待の早期発見・予防に関する研究—保育士が子どもの虐待を疑った時の対応と苦慮していること—」つくば国際大学研究紀要14, 175－188頁
- 内藤 謙（2007）「戦後刑法学における行為無価値と結果無価値の展開」『刑法理論の史的展開』有斐閣 210頁
- 西原春夫（1991）『刑法総論（上巻）』成文堂198頁
- 大塚 仁（2005）『刑法概説（総論）』有斐閣 347－352頁
- 大谷 實（1993）『刑法講義総論』成文堂 222頁
- 謝 煜偉（2012）「抽象的危険犯論の新展開」弘文社 31頁
- 田宮 裕（1996）「刑事訴訟法」有斐閣 第5章